XIII.

Nachträgliche Bemerkungen zur Lehre von der Adcitation, insbesondere von der Beiladung dritter Personen zur Eidesleistung.

Von

Mittermaier.

Es ist interessant, zu beobachten, auf welche verschiedene Weise häufig die in der Wissenschaft aufgestellten Sätze ihren Uebergang in die Rechtsanwendung nehmen. Man bemerkt leicht, daß der Sieg der Wahrheit nur allmälig gelingt, und daß die Praktiker gerne einen Mittelweg wählen, um den einmal in der Praxis bisher behaupteten Satz nicht plötzlich mit der neueren Lehre vertauschen zu müssen. Man vermittelt das Alte und Neue, fügt der aufgestellten Regel Ausnahmen bei, bis endlich die Wahrheit siegt und die reine Lehre die Oberhand gewinnt. Die Richtigkeit dieser Beobachtung bewährt sich noch bei der Adcitation. Als vor mehreren Jahren gegen die vorzüglich von Gönner vertheidigte Lehre der Zuläßigkeit der Adcitation nachgewiesen wurde [1]), daß das Institut gemeinrechtlich nicht begründet sey, erhielt bald die neue Lehre Eingang in die Gerichtshöfe und in die neuen Gesetzbücher, nachdem auch die neuen Proceßschriftsteller sich für dieselbe ausgesprochen hatten [2]); allein die Proceßlehrer

---

1) Mein Aufsatz in diesem Archive III. Bd. S. 176.

2) Linde Lehrbuch §. 113. Martin Lehrb. §. 295. (Martin hatte schon früher die richtige Ansicht aufgestellt). Reinhard Handbuch I. §. 91. Scheuerlen Lehrbuch I. S. 326. Bayer Vorträge S. 48.

glaubten nicht so schnell, das ganze Institut fallen lassen zu dürfen, und gaben entweder als das Aeußerste zu [3]), daß der Richter zur Abschneidung neuer Processe befugt sey, dritte Interessenten von ihrem Interesse bei einem Rechtsstreite in Kenntniß zu setzen, oder stellten die Regel auf [4]), daß der Richter auf Anrufen einer Partkie einen Dritten vorladen dürfe, wenn dieser mit einem streitenden Theile in einem solchen Verhältnisse steht, daß eine von dem letztern vorzunehmende Handlung nur durch diesen Dritten geschehen kann. Diese Ansicht wurde auch bei der Abfassung neuer Gesetzbücher zum Grunde gelegt, z. B. bei der Berathung der hannoverschen Proceßordnung. Man hatte im Entwurf eine Vorschrift vorgeschlagen [5]), daß der Richter wider Willen einer der Partеien zur Adcitation eines Dritten nicht schreiten dürfe; allein mit Recht wurde diese Bestimmung auf den Antrag der Stände weggelassen, ebenso wie ein anderer Vorschlag des von Leist bearbeiteten Entwurfs verworfen wurde, nach welchem im Falle der Streitgenossenschaft die Adcitation gestattet seyn sollte. Es ist darnach in der hannoverschen Praxis anerkannt [6]), daß eine Adcitation nicht zulässig sey, und daß auch legislativ die Weglassung des Instituts gebilligt werden müsse. Nur eine Ausnahme, wo der Richter auf Anrufen einer Parthei einen Dritten arctatorisch vorladen darf, wird zugegeben, nämlich wenn der Dritte mit einem der streitenden Theile in einem solchen Verhältnisse steht, daß eine von dem letzten vorzunehmende Handlung nur durch diesen Dritten geschehen kann, z. B. Eidesleistung des Cedenten für den Cessionar; allein schon Spangenberg erkannte, daß diese Fälle nicht eigentlich

---

3) Dies thut Linde Lehrb. §. 113. Not. 4.

4) So ist der Satz in Linde aufgestellt.

5) Spangenberg Commentar zur hannov. Proceßordnung. I. S. 63.

6) Spangenberg Comment. I. S. 59—64. Nolte in der jurist. Zeitung für Hannover. 1837. 2s Heft. S. 20—25.

unter den Begriff von Adcitation zu bringen seyen. — Bei der Berathung der badischen Proceßordnung hielt man die Aufnahme einer Vorschrift über Unzulässigkeit der Adcitation um so mehr für nothwendig, als die bis zum Jahre 1831 geltende badische Gesetzgebung [7]) den Richter verpflichtete, Adcitation eintreten zu lassen und es darauf ankam, den Willen des Gesetzgebers bestimmt auszusprechen, daß in Zukunft keine solche Beiladung erfolgen sollte; allein bei der Berathung des Entwurfs wurde von der Mehrheit der Commission ein Zusatz für nothwendig gehalten [8]), welcher in dem Sinne der damals von den Schriftstellern vertheidigten Theorie gefaßt wurde. — In den neuesten Proceßgesetzbüchern bemerkt man leicht, daß man an die badische Proceßordnung sich mehr oder minder anschloß. In der Proceßordnung für den Canton Aargau [9]) ist der badische Artikel 118, welcher von der Beiladung spricht, weggelassen, dagegen ist der Artikel 572 der badischen Proceßordnung [10]) wörtlich in den Aargauischen §. 287. übergegangen, so daß aber darnach eine Lücke entsteht, indem auf die Fälle der rechtmäßigen Beiladung verwiesen ist, während das Gesetz nicht bestimmt, welches diese Fälle seyen. — Die Proceßordnung des Canton Glarus von 1838 enthält eine besondere Vorschrift [11]) über die

7) Obergerichtsordnung von 1803. Art. 123.

8) Der Text des §. 118. der badischen Proceßordnung ist in der voranstehenden Abhandlung Not. 8 mitgetheilt.

9) vom 23. August 1838.

10) Art. 572. der badischen Proceß-O. sagt: Einem Dritten kann der Eid nur alsdann zugeschoben werden, wenn er im Wege der Intervention oder in Folge der Streitverkündung oder einer rechtmäßigen Beiladung am Streite Theil nimmt.

11) Es heißt im Art. 49: Entstehen Rechtsstreitigkeiten a) über eine einem Dritten als Unterpfand verschriebene Liegenschaft oder eine zu derselben gehörende Rechtsame oder Zugehör oder b) über eine in Händen eines Dritten als Hinterlag liegende Verschreibung, pfandbaren Kaufbrief oder Obligation, oder c) endlich über eine

Fälle, in welchen ein Dritter beigeladen werden soll; sie bezieht sich aber nur auf die Fälle, wo eine Parthei die Beiladung des Dritten verlangen kann. — In der Proceßordnung für Solothurn von 1839 ist zwar die Adcitation nicht aufgenommen, allein es wird im Falle der Streitgenossenschaft, wenn die Streitgenossen in keinem solidarischen Verhältnisse stehen, dem Beklagten, der für das Ganze belangt worden, das Recht gegeben [12]), dem Kläger sowohl, wenn dieser nicht in Gemeinschaft aller Mitberechtigten auftritt, als auch, wenn er nicht alle Mitverpflichteten zugleich belangt, die Einwendung entgegenzusetzen, daß im vorliegenden Falle eine Streitgenossenschaft vorhanden sey, und sich dadurch einstweilen von der Einlassung zu befreien. Ueber das Recht einer Parthei, die Eidesleistung von einem Dritten zu fordern, enthält der §. 269. der Prozeßordnung für Solothurn die Vorschrift, daß, wenn das Geschäft, über welches ein Eid geleistet werden soll, durch einen Bevollmächtigten verhandelt worden, der Beweisführer verlangen könne, daß dieser den Eid leiste, so ferne er nicht als Zeuge berufen werden kann.

Vergleicht man die Praxis und die Gesetzgebung der einzelnen deutschen Länder, in welchen der gemeine deutsche Proceß gilt, so bemerkt man, daß immer mehr die Unzulässigkeit und Entbehrlichkeit der Adcitation anerkannt wird. In Nassau [13]) ist dies entschieden ausgesprochen; die dortige Praxis gestattet jedoch die Beiladung Dritter zur Ableistung eines

---

durch Bürg- oder Zahlerschaft gesicherte Obligation, so soll in den unter lit. a. und b. bezeichneten Fällen der Unterpfänder oder Inhaber des Schuldtitels, in den unter lit. c. bezeichneten Fällen aber der Bürge oder Zahler durch den Schuldner vom dem sich erhebenden Rechtsstreit in Kenntniß gesetzt werden, damit der Dritte seine allfälligen Rechte in Sachen verwahren kann.

12) Proceßordnung § 8.

13) Nach Erläuterungen zum Proceßgesetze von Nassau S. 53. 54.

Haupteides nicht blos bei Klagen aus Cessionen, sondern auch in anderen Fällen, wo der Dritte das in Streit befangene Verhältniß am besten kennt; nur bemerkt schon der treffliche Schriftsteller über den nassauischen Prozeß, daß man hier nicht eigentlich von einer Adcitation sprechen könne. Auch in Schleswig und Holstein [14]) gestattet die Praxis keine Adcitation. — In Würtemberg, dessen Prozeßgesetzgebung von 1818 manche Ansichten des Untersuchungsprinzips in den Prozeß aufnahm, und wo die Ueberschrift des §. 66 des IV. Edikts von 1818 selbst die Verhütung der Vervielfältigung der Prozesse als Maxime angibt, ist dennoch nach richtiger Meinung keine Adcitation als zuläßig erklärt [15]), weil das Gesetz, wenn es dies mit den obersten Grundsätzen von dem Verbote des Zwangs zur Klage und mit der Stellung des Richters unverträgliche Institut der Adcitation hätte aufnehmen wollen, dies ausdrücklich erklärt haben müßte, und in dem als Regel auch in Würtemberg geltenden gemeinrechtlichen Prozeß kein Institut, welches inquisitorische Thätigkeit voraussetzt, gezogen werden darf, das nicht ausdrücklich von den Gesetzen sanktionirt ist. — Nur im Königreiche Baiern enthält das geltende Prozeßgesetzbuch von 1753 [16]) die Vorschrift, daß der Richter, sobald er ex actis das Interesse eines Dritten bei dem Streite betheiligt findet, diesem von dem Streit Nachricht geben muß, damit er sein Interesse wahren kann; allein schon oft ist von baierischen Praktikern

---

14) Franke, der gemeine deutsche und schleswig-holsteinische Civilprozeß S. 182.

15) Sarwey Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg. I. Thl. S. 513. Vergl. mit Schütz, der würtemberg. Civilprozeß S. 154, der (ohne alle Gründe) nur erklärt, daß das Gesuch um Adcitation in jeder Instanz zuläßig sey, und mit Scheuerlen, der deutsche und würtemberg. Civilprozeß I. Thl. S. 327, der nur den von Linde aufgestellten Zusatz annimmt, aber im Allgemeinen die Unzuläßigkeit der Adcitation anerkennt.

16) Cod. judic. bavar. cap. VIII. §. 4. Nro. 5. 8.

richtig bemerkt worden [17]), daß dies Müssen nicht so ernstlich gemeint sey; denn die Adcitation soll nicht da geschehen, wo der Fall der nominatio auctoris oder der litisdenunciatio vorliegt, eben so da nicht, wo aus den Akten sich ergibt, oder von den Partheien urkundlich nachgewiesen wird, daß der Dritte ohnehin genugsame Kenntniß von dem Streite hatte. Die Unzweckmäßigkeit des Instituts, wie es das baierische Gesetzbuch aufstellt, ist in Baiern selbst anerkannt und in den Entwürfen von 1827 und 1831 kömmt es auch in der Ausdehnung des Codex judiciarius nicht mehr vor; die Motive zum Entwurf von 1827 [18]) erklären ausführlich, daß man von der Unzweckmäßigkeit der Adcitation sich überzeugte; nur da, wo bei einer Streitgenossenschaft wegen eines untheilbaren Rechts, bei welchem keine Correalität eintritt, ein Rechtsgenosse ohne Vollmacht der Uebrigen klagt, oder ein Verbindlichkeitsgenosse allein belangt wird, kann im ersten Falle der Kläger, in beiden Fällen der Beklagte die Beiladung der andern Genossen verlangen, auch soll das Gericht selbst sie von Amtswegen verordnen [19]). Der Art. 77 bestimmt dann, daß die Adcitation außer dem Falle des §. 57 nur noch in dem Falle statt finden soll, wenn ohne Beiziehung des Dritten die Legitimation zur Rechtsverfolgung oder zur Sache auf Seite des Beklagten mangelhaft ist. Der Entwurf von 1831 erkennt, daß im Falle der Streitgenossenschaft Adcitation von Amtswegen nicht statt finde, gestattet aber die exceptio plurium litisconsortium (Art. 65) und nach Art. 67 können, wenn dem Kläger oder Beklagten das Recht oder die Fähigkeit, die streitige Sache vor Gericht zu vertreten in Zweifel gezogen werden könnte oder wirklich bestritten ist, oder wenn der mit einer dinglichen Klage Verfolgte die fragliche Sache in fremdem Namen be-

---

17) von Stürzer Bemerkungen zum baier. Civilgerichtsverfahren S. 589.
18) Motive zum revidirten Entwurfe S. 49—52.
19) Revid. Entwurf von 1827 Art. 57.

sitzt, jene Personen, von welchen das Recht oder die Verbindlichkeit auf sie übergegangen ist, oder in deren Namen der Besitz ausgeübt wurde, von dem Kläger oder Beklagten zur Verhandlung beigezogen werden.

Man erkennt leicht, daß diese Beiladung, von welcher der baierische Entwurf von 1831 spricht, nicht eine eigentliche Adcitation in dem gemeinrechtlichen Sinne ist, nach welchem der Richter von Amtswegen einen Dritten vorladen soll; allein auch in diesem beschränkteren Sinne verdient das Institut keine Empfehlung. — Die Erfahrung lehrt, daß jede Einmischung dritter Personen in einen Rechtsstreit zu den nachtheiligen Ereignissen gehört, wodurch Verzögerungen herbeigeführt und Rechte der Partheien leicht verletzt werden können. Ohnehin wird das Mittel, dritte Personen beizuziehen, nicht selten von dem Beklagten selbst zum Nachtheil des Gegners mißbraucht, um Zögerungen herbeizuführen. Betrachtet man die Fälle, in welchen der baierische Entwurf die Adcitation zuläßt, so ist da, wo Streitgenossenschaft vorliegt, nach der richtigen in neuerer Zeit anerkannten Meinung die exceptio plurium litisconsortium ohnehin gemeinrechtlich nicht zu begründen [20], da der Beklagte die Einlassung nicht verweigern kann, wenn auch der Kläger mehrere Mitberechtigte hat, oder neben dem Beklagten mehrere Mitverpflichtete vorhanden sind; denn nichts hindert, daß der Streit zwischen dem Kläger und dem Beklagten verhandelt werden kann; ist ein theilbares Verhältniß in Frage, so wirkt das ergangene Urtheil nur pro rata, ist dagegen eine untheilbare Verbindlichkeit da, so kann, wenn auch das Urtheil gefällt ist, der verurtheilte Beklagte leicht bewirken, daß

20) Flach Erl. zum nassauischen Prozeßgef. S. 10. Franke der gemeine und schleswig-holstein. Prozeß S. 174. Sintenis Erläuterungen über versch. Lehren S. 77 — 89. Holscher in d. jurist. Zeitung für Hannover 1839 S. 109—141.

21) l. 1. §. 36. D. depos.

durch Sicherheitsleistung von Seite des Klägers oder durch gerichtliche Deponirung der Summe das Recht des Beklagten ungefährdet bleibe. Gestattet man die Einrede mehrerer Streitgenossen, so daß der Beklagte die Beiziehung der übrigen fordern, und von der Einlassungspflicht so lange, als die übrigen erscheinen, befreit zu werden verlangen kann, so gibt man dem Beklagten ein Mittel in die Hand, den Kläger sehr zu benachtheiligen und die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten hinauszuschieben. Der Kläger, der vielleicht noch drei Brüder hat, die Miterben seines Vaters waren, ist bei dem besten Willen oft nicht im Stande, die Vollmachten oder die Beitrittserklärung zum Streite von Seite der Abwesenden beizubringen; der Eine ist nach Amerika gegangen, der zweite hat seit dem russischen Feldzuge nichts mehr von sich hören lassen; warum soll der Kläger gehindert seyn, auch ohne seine Brüder wenigstens für sich den Streit zu verhandeln? — Sind mehrere Mitverpflichtete vorhanden und wird durch die exceptio plurium litisconsortium der Kläger genöthigt, Alle gemeinschaftlich zu belangen, so hat dies häufig unendliche Schwierigkeiten, z.B. wenn die Verwandten eines Mannes, gegen welchen die Klage gerichtet wird, sehr zerstreut sind, und in fernen Ländern wohnen, wo der Kläger oft gegen 200 Streitgenossen, die er gar nicht aufzufinden weiß, die Klage richten müßte. — Die Erfahrung der Länder, in welchen man die Einrede mehrerer Streitgenossen gestattet, lehrt, wie sehr sie dort ein Mittel der Proceßverzögerung ist, während in Ländern, in welchen das oben geschilderte System gesetzlich eingeführt ist, z. B. in Baden seit 1831 [22]) die Erfahrung zeigt, daß kein Nach-

22) Die badische Prozeß-O. von 1831 Art. 97 bestimmt: Durch die Einrede, daß eine oder mehrere Personen vorhanden seyen, die als Streitgenossen des Klägers aufzutreten berechtigt, oder als Streitgenossen des Beklagten zu belangen wären, kann der Beklagte von der Verbindlichkeit, sich auf die Klage einzulassen, nicht

theil dabei entsteht, der Prozeß aber einen rascheren Gang geht. — Am wenigsten sollte man von Adcitation, also von einer Pflicht des Richters, ex officio die Streitgenossen beizuladen, sprechen; denn schon überhaupt weiß sehr häufig der Richter gar nicht, ob wirklich wahre Streitgenossen vorhanden sind; ist er zu ängstlich und ladet Personen bei, von denen er nur die Möglichkeit annimmt, daß sie Streitgenossen seyn könnten, so veranlaßt er dadurch große Kosten, z. B. durch Requisitionen in entfernte Länder, verzögert die Prozesse und verwickelt auf unnöthige Weise die Streitigkeiten durch Hereinziehen dritter Personen, die wegen besonderer zu Grunde liegender, dem Richter unbekannter Verabredungen an dem Streite oft gar kein Interesse mehr haben. — Eben so wenig ist die Adcitation in dem Sinne des baierischen Entwurfs begründet, nach welchem die Beiladung erfolgen soll, wenn der mit einer dinglichen Klage Belangte die Sache in fremdem Namen besitzt, oder wenn die Legitimation zur Sache in Zweifel gezogen werden kann; denn in dem ersten Falle entscheiden die Grundsätze der nominatio auctoris, kein Bedürfniß führt darauf, noch weiter als diese reichen, die Beiladung Dritter auszudehnen. Ueberall aber, wo es auf die fehlende Legitimation zur Sache ankömmt, ist kein Grund vorhanden, denjenigen, welcher wirklich zur Sache berechtigt ist, zum Streite beizuladen; denn entweder ist es der Kläger, bei welchem die gehörige Legitimation fehlt, oder es ist der Beklagte. Im ersten Falle kömmt es wieder darauf an, ob der Beklagte ohne die exceptio deficientis legitimationis ad causam sich einließ, oder ob er jener Einrede sich bediente. In jenem Falle wird der Streit unter

---

frei werden. Die Nachweisung, daß mehrere Streitgenossen vorhanden sind, hat bei untheilbaren Gegenständen nur auf die Vollstreckung des Urtheils Einfluß, indem sie den Verurtheilten berechtigt, für den Antheil der Streitgenossen an dem Gegenstande von der Gegenpartbei Caution zu verlangen.

den bisherigen Partheien fortgeführt, der dritte bei der Sache Betheiligte kann dabei gleichgültig seyn, da ihn der Ausgang des Streits nicht berührt. In diesem Falle wird der Kläger, wenn er sich nicht zur Sache legitimiren kann, mit der Klage wenigstens angebrachtermaßen abgewiesen. — Ist der Beklagte nicht der rechte Beklagte und machte er dies gehörig durch eine Einrede geltend, so ist es Sache des Klägers, den Beweis der Legitimation zu liefern, oder wenn er es nicht kann, die Klage gegen den rechten Beklagten zu richten. Hatte aber der Beklagte keine Einwendung in dieser Hinsicht vorgebracht, so muß er sich in den Streit einlassen und muß die Folgen seiner Einlassung tragen. — Auf keinen Fall darf der Richter, wenn er glaubt, daß es an der Legitimation zur Sache fehle, den dritten wirklich Betheiligten adcitiren. Denn dies würde ein Zwang zur Rechtsverfolgung seyn, der eben so grundlos als unnöthig wäre, da es nur Sache der Parthie ist, gegen denjenigen, den sie belangen will, die Klage zu richten. Am wichtigsten ist die Frage, ob nicht eine Art der Adcitation da zulässig ist, wo der Dritte mit einer Parthei in einem solchen Verhältnisse steht, daß die von der letzteren vorzunehmende Handlung nur durch den Dritten geschehen kann [23]), insbesondere ob es erlaubt ist, den Eid durch einen Dritten schwören zu lassen und hiezu diesen Dritten vorzuladen. Der Verfasser der voranstehenden Abhandlung hat mit Recht auch diese Art der Adcitation bestritten. — Interessante Fälle, welche dem Verfasser gegenwärtigen Aufsatzes vorgekommen sind, veranlassen ihn, noch einige Bemerkungen

23) Man wird oft versucht zu glauben, daß sich die Schriftsteller, welche diesen Satz aufstellen, nicht deutlich genug die Fälle vorstellten, in denen die Vorschrift Anwendung finden soll, noch weniger aber die Wirkungen des Satzes vollständig sich dachten. s. Bemerkungen gegen Art. 118 der badischen Prozeß-O. in den Annalen der badischen Gerichte 1835. S. 198.

beizufügen und zu behaupten, daß auch die von manchen Schriftstellern und in der badischen Prozeßordnung bei der Adcitation beigefügte Ausnahme nicht zulässig ist. Es ist zwar bekannt, daß manche Juristen [24]) die Eideszuschiebung an einen Dritten gestatten, wenn dieser Dritte von dem zu beschwörenden Satze bessere Kenntniß haben kann, als der Gegner selbst. — Ueber den Umfang dieses Rechts herrscht wieder Verschiedenheit der Ansichten, indem Einige [25]) da, wo der Dritte als Auctor oder Cedent des von dem Gegner bestrittenen Rechts erscheint, Andere [26]) auch da, wo der Dritte als Mandatar das Geschäft abgeschlossen hat, das in Frage steht, Andere [27]) nicht blos bei dem freiwilligen Eide die Eidesleistung durch Dritte gestatten, sondern auch bei dem nothwendigen Eide dem Richter die Befugniß geben, den Eid einem Dritten aufzulegen. Allein es sey erlaubt, Bedenklichkeiten gegen diese Theorie vorzutragen und die Behauptung zu begründen, daß man nie die Eidesleistung durch Dritte, welche keine Partheien sind, gestatten dürfe [28]).

1) Jeder zugeschobene Eid beruht auf der Analogie des Vergleichs, durch welchen eine Parthei über das in Streit befangene Recht verfügt [29]) und indem sie dem Gegner den Eid zuschiebt, erklärt, daß sie den Ausgang des Streits von dem Eide der Gegenparthei abhängig machen wolle, zugleich

---

24) Schon Leyser spec. 201. med. 5 u. 6. Wernher obs. for. I. obs. 338. und die in den nächsten Noten anzuführenden Schriftsteller.

25) Kapf Rechtssprüche S. 186.

26) Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts S. 154.

27) Strube rechtl. Bedenken (Ausgabe v. Spangenberg) III. No. 132.

28) s. noch über diese Eidesleistung durch Dritte, Pratobevera Materialien zur Gesetzkunde in Oesterreich V. S. 185 (der dies Recht behauptet) und dagegen Fischer die Lehre von der Streitsverkündung S. 140. und Rizy der Beweis durch den Haupteid. Wien 1837. S. 29—31.

29) l. 2 D. de jurejur.

aber das Gewissen des Andern als Richter in der Sache aufruft [30]), in so fern der Zuschiebende die Gewissenhaftigkeit des Delaten in Erwägung zieht und darauf rechnet, daß der Gegner als gewissenhafter Mann zu dem äußersten Mittel der Eidesleistung nicht schreiten, sondern den Eid lieber verweigern oder zurückschieben würde. Nach diesem Gesichtspunkte kann aber auch nur der Parthei selbst der Eid zugeschoben werden; nur sie ist es, welche über den in Streit befangenen Gegenstand sich vergleichen kann, weil auch nur sie ein Verfügungsrecht darüber hat; nur sie kann verlangen, daß man von ihrer Erklärung über die Eideszuschiebung den Ausgang des Streits abhängig mache; schwört der Delat nicht oder schiebt er den Eid zurück, so ist es sein eigener Wille, welcher bewirkt, daß er den Prozeß verliert.

2) Es widerstreitet darnach allen civilrechtlichen Grundsätzen, wenn man dennoch einem Dritten den Eid zuschieben, also von seinem Willen den Ausgang des Streits abhängig machen dürfte. So wenig der Vergleich des Dritten der Parthei schaden kann, so wenig kann ihre Erklärung, daß sie nicht schwöre oder den Eid zurückschieben wolle, der eigentlich berechtigten Parthei nachtheilig seyn.

3) Ebenso widerstreitet es allen juristischen Vorstellungen, die Parthei zu nöthigen [31]), von der Gewissenhaftigkeit oder dem guten Willen eines Dritten den Ausgang des Streits abhängig zu machen und sich der Gefahr des Leichtsinns oder selbst des böslichen Einverständnisses zwischen dem Deferenten und dem Dritten Preis zu geben, oder durch Ereignisse, welche den Dritten treffen können, den Verlust des Rechts herbeiführen zu lassen. Man scheint nicht genug zu erwägen, in welche unangenehme Lage der Gegner des Deferenten kommen kann, wenn man gestattet, daß dem Dritten z. B. dem Mandatar oder dem Cedenten der Eid zugeschoben

30) l. 1. D. quar. rer. actio non dat.

31) Rizy über den Haupteid S. 29.

werden darf. Wie leicht ist es möglich, daß der Deferent, welcher wohl weiß, daß der Delat, wenn er ihm den Eid zuschiebt, bereit seyn würde, denselben zu leisten, aber eben so wohl weiß, daß der Mandatar, z. B. der Handlungskommis, der das Geschäft abschloß und mit dem Mandanten, dessen Dienste er verließ, nicht in gutem Vernehmen steht, die Gelegenheit benützen wird, sich an seinem Prinzipal zu rächen, die Eidesleistung verweigern oder den Eid zurückschieben würde, den Eid diesem Dritten zuschiebt. — Es kann selbst geschehen, daß der Deferent im Einverständnisse mit dem Dritten steht, dem er den Eid zuschiebt, und absichtlich diese Zuschiebung wählt, weil er weiß, daß der Dritte den Eid zurückschieben und ihn so in den Stand setzen wird, den Prozeß zu gewinnen, wenn der Deferent den Eid leisten darf.

4) Wenn man zwar sich darauf beruft, daß der Cedent und der Cessionar in einer Einheit des Rechts stehen, so ist dies sehr uneigentlich ausgedrückt; denn der Cessionar ist doch kein Universal-, sondern nur ein Singularsuccessor; der Cessionar ist eine selbstständige Parthie, welche über das ihr cedirte Recht verfügt; der Cedent ist keine Parthie mehr, ihm kann ja von dem Schuldner, der von der Cession in Kenntniß gesetzt war, nicht gültig bezahlt werden; die Handlungen des Cedenten nach erfolgter Cession können dem Cessionar nicht schaden; so wenig nun der Vergleich des Cedenten den Cessionar beeinträchtigen kann, so wenig kann die Eidesleistung des Cedenten ihm nützen oder schaden.

5) Beruft man sich darauf, daß durch diese Gestattung der Eideszuschiebung an den Dritten der Eid eher von demjenigen geleistet wird, welcher die Wahrheit kennt und daß überhaupt durch diese Beiladung Dritter die Wahrheit sicherer hergestellt wird, so beruht dies auf einer irrigen Voraussetzung; denn in den meisten Fällen konnte durch die Beiladung des Dritten als Zeugen weit besser geholfen werden,

und die Eideszuschiebung ist dann überflüssig. Weiß z. B. der Kläger, welcher beweisen soll, daß der Mandatar, welcher das Geschäft schloß, am besten Aufklärung geben kann, so mag er ihn als Zeugen vorladen; oder der Delat, welchem der Eid deferirt wird, mag sein Gewissen mit Beweis vertreten und den Mandatar als Zeugen vorschlagen und kann dann den Erfüllungseid leisten. Wenn man zwar anführt, daß da, wo man die Eideszuschiebung an den Dritten nicht gestattet, der Deferent oft in die Lage kommt, mit dem Glaubenseide des Delaten sich begnügen zu müssen, während man einen Wahrheitseid erhalten würde, wenn man dem Dritten, der allein von der Sache die rechte Kenntniß hat, z. B. der Cedent wegen Einreden, die ihn betreffen, den Eid zuschieben dürfte, so soll an einem andern Orte bewiesen werden, daß die gewöhnliche Furcht vor dem Glaubenseide [32]) ohnehin grundlos ist, und durch eine gut gefaßte Formel wird die Möglichkeit herbeigeführt, eine genügende Erklärung zu erhalten, so daß der Deferent hoffen kann, daß der Delat, wenn er auch nur einiges Gewissen hat, den Eid nicht leisten kann, sondern ihn zurückschieben wird.

5) Gestattet man die Eideszuschiebung an eine dritte Person, so muß man derselben auch das Recht geben, ebenso über die Zuschiebung sich zu erklären, als es der Hauptparthei selbst zusteht; daher muß der Dritte entweder den Eid annehmen oder zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten dürfen. Wählt er das zweite, so muß dies die Wirkung haben, daß nun der Deferent ebenso selbst den Eid leisten darf, als wenn die Hauptparthie den Eid zurückgeschoben hätte; die letzte verliert dann den Prozeß blos

---

32) Gute Ansichten über den Glaubenseid (bei welchem man nicht genug die verschiedenen Fälle unterscheidet) in Rizy von dem Haupteid S. 128—134 und Zeitschrift für das Recht in Kurhessen 2tes Heft, S. 246.

durch fremde Schuld. Wählt der Dritte die Gewissensvertretung, so tritt das sonderbare Verhältniß ein, daß nun plötzlich der Dritte in einem vielleicht seit Jahren ohne ihn verhandelten Prozeß als Parthei auftritt und Interessen geltend macht, welche ihm gar nicht einmal rechtlich zustehen. Am meisten störend würde dies in dem Falle seyn, wo man auch dem Bevollmächtigten, der das fragliche Geschäft schloß, den Eid zuschieben läßt und auf diese Art den Mandatar, den das ganze Geschäft nichts mehr angeht, zur Parthei in der Sache macht.

7) Unsere Juristen, welche von einer solchen Zuschiebung an den Dritten sprechen, ebenso wie die Gesetzgeber, welche sie zulassen, haben die verschiedenen Fälle und die Wirkungen, welche eintreten können, nicht genug berücksichtigt und der Verfasser dieses Aufsatzes hat in mehreren Fällen, die ihm vorkamen, sich überzeugt, wie verschieden die Ansichten der Juristen sind, und wie nothwendig eine gesetzliche Bestimmung seyn würde, wenn man diese Zuschiebung an Dritte gestatten will. Die Hauptfrage ist schon: welche Wirkung hat die Erklärung des Dritten, dem der Eid zugeschoben wurde oder sein Nichthandeln auf die Hauptparthei? ferner in wie fern steht der letzteren, wenn der Eid dem Dritten zugeschoben wurde, noch eine Befugniß, sich darüber zu erklären, zu? In Bezug auf den ersten Punkt behauptet man gewöhnlich: daß die Erklärung, oder Handlung, oder Unterlassung des Dritten so anzusehen ist, als wenn die Hauptparthei selbst sich so erklärt und gehandelt, oder etwas unterlassen hätte; allein frägt man um die Gründe dieser Ansicht, so bemerkt man bald, daß die angegebenen sehr ungenügend sind, denn wenn man angibt, daß der Dritte mit der Hauptparthei eine Person bilde, so muß man dies civilrechtlich in Abrede stellen; da wo dieser Dritte gar nicht als Intervenient oder Litisdenunciat erscheint, läßt sich ohnehin nicht von ihm als von einer Parthie in dem Prozesse sprechen; ist aber auch der Dritte als Litisdenunciat beigeladen worden und hat

er als solcher an dem Prozesse Theil genommen, oder ist er als Intervenient aufgetreten, so bedarf es der Zergliederung der verschiedenen Fälle. a) Hat der Litisdenunciat, in so ferne dies gestattet ist, den Streit statt des Litisdenuncianten auf sich genommen, so erscheint er allerdings als Parthei, und der Eid kann ihm mit der Wirkung zugeschoben werden, daß die von dem Litisdenunciaten in Bezug auf den Eid ausgegangene Erklärung oder Handlung oder Unterlassung den Litisdenuncianten ebenso bindet [33]), als wenn sie von ihm ausgegangen wäre, da der letzte den ersten als Parthei an seiner Stelle anerkannte und der Litisdenunciat dann über seine Handlungen den Eid leistet. b) Wenn dagegen der Hauptintervenient auftritt oder der Litisdenunciat neben dem Litisdenuncianten Theil an dem Streite nimmt, jedoch so, daß der letzte als Hauptparthie den Prozeß fortführt, so muß man bezweifeln, ob die an den Litisdenunciaten geschehene Eideszuschiebung so zu betrachten ist [34]), als wenn sie dem Litisdenuncianten geschehen wäre; denn nur uneigentlich ist der Litisdenunciat hier Parthei in dem Prozesse; betrachtet man ihn aber auch als Streitgenossen, so ist er doch nicht **eine** Person mit dem Litisdenuncianten, sondern jeder bleibt ein von dem Andern getrenntes Rechtssubjekt; der Beweis, der in Bezug auf einen Streitgenossen hergestellt ist, gilt nicht zugleich in Bezug auf die anderen Streitgenossen als geführt [35]); wenn daher auch durch die Eideszuschiebung in Bezug auf den Litisdenunciaten die Thatsache, auf welche die Eideszuschiebung gerichtet war, als hergestellt erscheint, weil er als Delat den Eid verweigerte, so folgt daraus nicht, daß auch in Bezug auf den Litisdenuncianten, also den Andern, dem der Eid nicht zugeschoben war, der also auch über den Eid sich nicht erklärte, die Thatsache bewiesen

33) Fischer die Lehre von der Streitsverkündigung S. 138.

34) Fischer S. 139.

35) l. 9. fr. D. de liberali caus.

ist [36]). Will man eine strengere Meinung, also den Satz annehmen, daß die Handlungsweise oder die Unterlassung von Seite des Dritten, dem der Eid zugeschoben wurde, ebenso wirken soll, als wenn die Hauptparthie selbst sich erklärt oder etwas unterlassen hätte, so kann dafür kein Gesetz im gemeinen Rechte angeführt werden, und wenn das Landesgesetz (z. B. das badische) nur diese Zuschiebung des Eides an den Dritten zuläßt, ohne über die Wirkungen etwas Besonderes zu verfügen, so muß es bei der allgemeinen Regel über die Verhältnisse der Streitgenossen bleiben.

8) Eine eigenthümliche Schwierigkeit tritt noch ein, wenn der Dritte, der zur Eidesleistung geladen wird, sich gar nicht erklärt. Bekanntlich ist die Wirkung der Adcitation die, daß der Adcitirte nicht als ungehorsam im juristischen Sinne betrachtet wird [37]), daß er also, auch wenn er der richterlichen Aufforderung nicht Folge leistet, keinen Nachtheil leiden darf. Da nun diese Beiladung des Dritten zur Eidesleistung als eine Art der Adcitation betrachtet wird, so darf auch den Dritten, welchem der Eid zugeschoben ist, kein Rechtsnachtheil treffen, wenn er sich nicht erklärt; dies scheint insbesondere da einzutreten, wenn der Eid einem Dritten, der nicht zu dem Streite beitrat, zugeschoben war, z. B. dem Cedenten oder Verkäufer, denen zwar der Streit verkündigt war, die aber an dem Streite keinen Antheil nahmen.

9) Auch in Bezug auf das Verfahren bei der Adcitation Dritter zur Leistung des Haupteides bemerkt man in den Gerichtshöfen eine zweifache Praxis: a) entweder wird sogleich bei der Beweisantretung von dem Deferenten erklärt, daß er dem Dritten den Eid zuschiebe, und diese Zuschiebung wird dem Dritten zur Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung mitgetheilt; oder b) man theilt die Er-

36) Seuffert im Archiv für civil. Praxis III. S. 211.

37) Die an ihn ergehende Ladung ist nur monitorisch.

klärung der Hauptparthie mit, läßt diese, wie sonst, über Annahme oder Zurückschiebung sich erklären, und wenn der Delat den Eid angenommen hat, so wird zur Eidesleistung der Dritte beigeladen. Jeder dieser Wege führt zu Anomalien; denn nach dem Ersten wird der Dritte plötzlich zur Hauptparthie gemacht; die ursprüngliche Parthie hat dann keinen Antheil an dem Streite mehr, kann ihre Rechte nicht geltend machen, und wenn dann der Eid von dem Dritten angenommen oder verweigert ist,' so treten erst neue Verwickelungen wegen der Wirkung auf die Hauptparthie ein; auf dem zweiten Wege entstehen nach der Erfahrung oft neue Schwierigkeiten wegen der Eidesformel, die nicht selten nicht paßt, wenn der Dritte schwören soll, und ebenso neue Verlegenheiten, wenn der beizuladende Dritte nicht aufzufinden ist, oder keine Antwort gibt oder nicht erscheint, oder vor der Eidesleistung plötzlich stirbt.

10) Nach anderen Grundsätzen ist der Fall zu beurtheilen, in welchem die Partheien durch Uebereinkunft festsetzen, daß der Eid, welcher eigentlich von der Hauptparthei geleistet werden sollte, durch einen Dritten geleistet werde. Eine solche Uebereinkunft gestatten die Gesetze [38]; aber in einem solchen Falle treten nicht mehr die Vorschriften von der Zuschiebung des Eides ein, sondern es ist ein conventioneller Prozeß, von dem nicht mit Unrecht bemerkt wird [39]), daß hier ein durch Partheienwillkür in seiner Wirkung gesteigerter Zeugeneid eintrete; daß in diesem Falle der Dritte, welcher den Eid leisten soll, nur dazu schuldig ist, wenn er sich freiwillig dazu bereit erklärt hat, versteht sich, weil kein Gesetz erklärt, daß die Eidesleistung für andere Personen eine staatsbürgerliche Pflicht sey. Alles dies beweist, daß die gewöhnlich der Behauptung von der Unzulässigkeit der Adcitation beigefügte Ausnahme nicht zu billigen ist und un-

38) l. 1. §. 2. D. quarum rerum actio.
39) Bayer Vorträge S. 515.

beschränkt die Adcitation als unzulässig verworfen werden muß [40]), und daß insbesondere die Beiladung Dritter zur Eidesleistung in einem unter anderen Personen anhängigen Streite nicht zu billigen ist, auf jeden Fall aber, wenn eine Gesetzgebung sie gestatten will, das Verfahren und die Wirkungen dieser Beiladung vollständiger und besser festgesetzt werden müssen, als dies bisher geschehen ist.

40) Annalen der badischen Gerichte 1835. S. 193.

XIV.

Ueber die Rechtswohlthat der Competenz, nebst Bemerkungen über die s. g. processualische Consumtion der Klagen.

Von

Francke.

§. 1.

Ueber die wesentliche Bedeutung der Einrede der Competenz und über ihre Wirkung finden wir bei mehreren Schriftstellern der jüngst verflossenen Jahre eine dem Wortlaute nach von der bisherigen Lehre sehr abweichende Theorie. Jedoch sind die Ansichten der Schriftsteller, welche sich zu dieser neuen Lehre bisher bekannt haben, unter sich wiederum in erheblichen Punkten sehr verschieden; so sehr, daß die neue Doctrin nach der Darstellung einiger Schriftsteller in allen Resultaten mit der althergebrachten Lehre übereinkommt, während sie nach der Auffassung, welche sie bei Andern gefunden